

Tutela Jurisdicional Antecipada

Cláudio Santos

RESUMO: Considerações sobre Tutela Jurisdicional Antecipada. Trata-se da inovação trazida pela Lei n. 8.952/94, que inseriu, nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela de mérito. Considera-se que o Direito Processual Brasileiro posicionou-se, após tal novidade, ao lado do Direito italiano, entre os mais avançados do mundo. Justifica-se a necessidade da antecipação da tutela em um sistema jurídico-processual moderno. Diferencia-se a tutela antecipada de mérito da tutela cautelar. Reflete-se sobre a compatibilização da efetividade do processo com a segurança jurídica, concluindo-se que, para se manter a segurança, é necessário aplicação da técnica por uma magistratura preparada, ponderada e apta a atender aos clamores da sociedade. Discute-se o momento em que a antecipação da tutela pode ser requerida e a compatibilidade de aplicação da tutela antecipada, objeto do estudo, em caso de leis especiais nas quais se encontra a tutela antecipatória específica.

Entre as diversas modificações introduzidas, em parcelas, no Direito Processual Brasileiro Positivo, desde a Lei n. 8.455, de 24/8/92 (sobre a prova pericial) até as mais recentes Leis n. 9.139, de 30/11/95 (do agravo) e n. 9.245, de 26/12/95 (sobre o procedimento sumaríssimo, hoje sumário), a mais inovadora, a mais avançada, a mais audaciosa é, sem dúvida, aquela que, generalizadamente, criou a tutela antecipada.

Refiro-me à Lei n. 8.952, de 31/12/94, que inseriu no CPC, nos arts. 273 e 461, a antecipação da tutela de mérito, tutela jurisdicional diferenciada, ousada na sua generalidade e de difícil compatibilização com princípios tradicionais de segurança jurídica, de regras comezinhas, tais como a necessidade de um procedimento de cognição plena e exauriente, apto à formação da coisa julgada material, do convencimento do juiz, do contraditório e da audiência bilateral, da ampla defesa, do direito à prova, dogmas, até pouco tempo, exaltados no contexto do devido processo legal.

Com a instituição desse procedimento de cognição parcial e sumária e de tutela efetiva do direito material, o Direito Processual brasileiro posicionou-se, ao lado do Direito italiano, entre os mais avançados do mundo, na família romano-germânica. Em

pesquisa exaustiva que fiz, nada encontrei no Direito Processual português semelhante à nossa tutela antecipada, salvo previsões de antecipação de tutelas específicas, tais como na fixação de alimentos provisórios. Por igual, o Direito Processual espanhol é escasso na previsão de tutelas diferenciadas da exauriente e completa, sendo de sabença que o seu sistema de medidas cautelares é cerrado e não aberto como o nosso. Na França, não me parece que as chamadas *ordonnances de référé* componham sistema de tutela jurisdicional amplo como o adotado no Brasil, muito embora o uso freqüente das denominadas *astreintes*, agora também adotadas no Brasil, constitua medida coercitiva do cumprimento das sentenças de bom efeito.

Ernane Fidelis dos Santos, em recente livro acerca das inovações colocadas do Direito Processual brasileiro (*Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996), lembra que, na Alemanha, introduziram-se no ZPO os §§ 935 e 940; o primeiro, autêntica cautelar atípica; o segundo, dispositivo a conter comando autorizador da regulação provisória de uma situação controvertida. Como se verifica, nenhum dos dois preceitos contempla hipóteses de tutela antecipada. Na Áustria, ainda é do mesmo autor mineiro a informação, "não há limitação à tutela antecipada, a não ser quando a situação regulanda for suscetível de execução forçada" (p. 23).

Na verdade, é privilégio dos processualistas tradicionais italianos a descoberta da técnica da antecipação da tutela desde Chiovenda, com as suas preocupações com a efetividade da justiça, a Calamandrei, com uma referência expressa à necessidade de "*una decisione anticipata e provvisoria del merito...*", ainda que em obra dedicada ao estudo do provimento cautelar (*Introduzione al lo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*", Padova, 1936, p. 38)

Tal pioneirismo reflete-se no Código de Processo Civil italiano, que, desde a década de 40, contém disposições acerca do procedimento de injunção (esse procedimento nada tem a ver com o mandado de injunção previsto na legislação constitucional brasileira), dentre os procedimentos sumários, incluído no livro dos procedimentos especiais (Livro IV), nos quais o juiz pronuncia "*ingiunzione di pagamento o di consegna*", nos casos previstos nos incisos I a III, do art. 633, bem assim de provimento de urgência, no art. 700, no capítulo do procedimento cautelar. Havendo "*fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e*

irreparabile", a parte pode pedir ao juiz um "*provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*" Não há dúvida, nesse ponto, de que, ainda sob a forma de cautelar, o Direito italiano estabeleceu uma tutela antecipada de mérito.

Mais recentemente, através da Lei n. 353, de 26/11/90, foram introduzidos os art. 186, *bis* e *ter*, no livro do processo de cognição (Livro II), justificados pelos seguintes motivos alinhados pelo grande intérprete da matéria na Itália, Proto Pisani, conforme resumo de José Rogério Cruz e Tucci (*Diretrizes do novo processo civil italiano*, Repro 69, pp. 114/121), que ora sintetizo: a) evitar o custo do processo para as partes e para a administração judiciária quando não há uma contestação plausível; b) assegurar a efetividade do processo nas demandas sem conteúdo patrimonial, cujo direito é passível de sofrer dano irreparável pela demora; c) evitar o abuso do direito de defesa pelo réu, nas mesmas circunstâncias. O legislador, porém, consoante observação do citado autor, sopesou os direitos ao emprego dos instrumentos de garantia previstos no procedimento ordinário e admitiu a antecipação da condenação em apenas duas hipóteses: "a) quando o réu, embora constituído nos autos, deixar de contestar a quantia cobrada; b) quando concorrerem os pressupostos reclamados para o procedimento monitório."

Entre nós, a tutela antecipatória, parodiando Tofler e Cappelletti, chegou no bojo da "terceira onda" ou da "quarta onda", após a da "assistência judiciária", da defesa dos "interesses coletivos e difusos" e do "acesso à justiça". Chegou o momento da proteção efetiva do direito, seja no plano material, seja na esfera formal.

A matéria é objeto de cogitação intelectual no Brasil, pelo menos desde a década passada, sendo justo destacar-se o artigo do Prof. José Ignácio Botelho de Mesquita, intitulado *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*, publicado na Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 56, 1987, pp. 43/52, onde assinala o conflito entre o que ele denomina de "direito à liberdade jurídica", tendo esse por suposto o princípio segundo o qual só se pode achar a verdade acerca da existência ou inexistência de um direito através de processo que assegure aquela verdade, e o direito à efetividade do processo, chamado de "direito à tutela jurídica pela via específica". O conflito nasce do fator tempo, quando constitui óbice à execução específica da obrigação descumprida, ou, de modo genérico, à satisfação específica do direito em que a ação se funda, e aí, comenta o autor, inicia-se a possibilidade da concessão da

tutela antecipatória, consistente na antecipação da tutela pela via específica, com sacrifício relativo da liberdade jurídica do réu. Não importam aqui as conclusões práticas do conhecido processualista. Recomendo sua leitura pela utilidade para a orientação de quem tem a responsabilidade de distribuir justiça concretamente, de forma efetiva.

Impossível, neste momento, deixar de fazer a releitura da tese do Prof. Kazuo Watanabe, "Da cognição no processo civil", publicada em 1987 pela Editora Revista dos Tribunais, de São Paulo, onde, com todo rigor científico, o mestre paulista expõe o conceito e objeto da cognição, bem assim os modos de utilização da cognição como técnicas processuais, nas suas diversas modalidades: a cognição plena e exauriente do processo de conhecimento ordinário; a cognição parcial, porém exauriente de diversos procedimentos, onde há limitação da cognição, em razão do objeto ou da amplitude da defesa, tais como na conversão da separação em divórcio, dos embargos do executado e de terceiro e outros; a cognição plena e exauriente *secundum eventum provationis* do processo de inventário, do mandado de segurança, dentre outros; a cognição eventual, plena ou limitada e exauriente, da ação de prestação de contas, especialmente tendo em conta a atitude do réu, na primeira fase e, atualmente, da ação monitória também introduzida no Direito brasileiro; a cognição rarefeita, do processo de execução; e a cognição sumária ou superficial, que é a cognição própria dos procedimentos cautelares e não-cautelares, das medidas liminares em geral, dos procedimentos incompletos, em que há uma limitação no plano vertical, no sentido da profundidade, onde se persegue "*un giudizio de probabilità e di verosimiglianza*", segundo a expressão de Calamandrei (op. cit., p. 63).

De absoluta relevância as razões que o autor apresenta para justificar a existência de processos diferenciados:

Mas, por mais que se consiga reduzir à expressão mínima as formalidades do processo comum e por melhor que seja a organização judiciária, haverá sempre direitos, pretensões materiais e interesses legítimos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou pela urgência da tutela em razão da iminência de dano irreparável, exigirão processos diferenciados, seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de cognição sumária, que atendam os reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional.

Na ótica do instrumentalismo substancial a que aludimos no capítulo inicial do trabalho, a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de um processo que 'tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a da servir de instrumento à efetiva realização dos direitos' (supra, item 1) (p. 110).

Outras considerações não precisariam ser feitas para demonstrar a necessidade de procedimentos diferenciados, tais como a antecipação da tutela, em um sistema jurídico-processual moderno, atual e eficiente. Por isso, sensível à evidência da inefetividade do procedimento ordinário e às desigualdades e injustiças dela decorrentes, foi feliz a comissão de reforma do Código de Processo Civil, liderada pelos eminentes Professores Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao introduzir, no capítulo das disposições gerais do título VII, do Livro I (do Processo de Conhecimento) do CPC, o novo art. 273, ao admitir, amplamente, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, parcial ou totalmente, e o art. 461, no mesmo livro, mas a versar sobre a ação fundada na obrigação de fazer ou de não fazer, para assegurar a tutela específica do direito cuja reparação é pretendida ou o resultado prático equivalente, não simples perdas e danos, como de forma conservadora têm decidido os tribunais, assim como a tutela antecipada, liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu.

A tutela antecipada de mérito, ora consagrada no Direito brasileiro, não se confunde com a tutela cautelar. Há uma diferença ontológica entre tais procedimentos: o procedimento cautelar é neutro em relação à lide, porquanto tutela o processo e não o direito material; enquanto o procedimento antecipatório não guarda essa neutralidade, pois sua finalidade é assegurar, desde logo, o gozo do direito substancial, antes que o tempo venha corroê-lo, reduzindo sua utilidade ou seu valor. Autores que têm o tema como objeto principal de suas reflexões, entre os quais sobressai o professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni, salientam e comprovam a diferença entre tais procedimentos sumários.

Dito isso, sem a intenção de esgotar o assunto ou de aprofundar-me no estudo dessa nova técnica oferecida aos operadores do direito, mas apenas com o intuito de suscitar alguns temas para a reflexão e discussão dos interessados, gostaria de abordar algumas questões que me parecem polêmicas e controvertidas.

Uma preocupação inicial diz respeito à compatibilização da efetividade do processo com a segurança jurídica. Ambos são sabidamente garantias constitucionais, razão por que, no choque entre esses direitos fundamentais, um deve ser eleito em detrimento do outro, sem, entretanto, anulá-lo ou desconsiderá-lo. É tarefa difícil, como disse de início. Canotilho, em sua vasta obra sobre Direito Constitucional, anota a existência dessas fricções ou tensões entre princípios constitucionais básicos e sugere que, sem ofensa à Lei Fundamental, opte-se pela prevalência de um direito sobre o outro, em atenção à realidade fática. Daí, na presente conjuntura mundial e principalmente nacional, deve-se dar realce à efetividade da tutela, mesmo em prejuízo do contraditório, da ampla defesa e da cognição exauriente no processo de conhecimento, conforme demonstrou o Dr. Teori Albino Zavascki, juiz do TRF da 4ª Região, em excelente artigo intitulado *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais*, publicado na Revista Ajuris, vol. 64, sob pena de tornar letra morta essa importante novidade. A técnica, entretanto, deve ser aplicada com segurança, por uma magistratura preparada, ponderada e apta a atender aos reclamos da sociedade. Marinoni, na obra referida, apresenta a tutela antecipatória como "o único sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corre-tamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento." (p. 15)

Estabelece o dispositivo em comento que, havendo prova inequívoca da verossimilhança da alegação e existindo um dos pressupostos descritos nos incisos I e II, do art. 273, do CPC, o juiz antecipará a tutela. A prova inequívoca é da verossimilhança da alegação. A "prova inequívoca", no dizer de Marinoni (op. cit., p. 67), é aquela suficiente para o convencimento do juiz quanto ao verossímil. Não é ainda a prova completa para a declaração da existência ou inexistência do direito. A qualificação da prova como inequívoca pode conduzir o intérprete a entender que a lei exige a indispensabilidade de uma prova inquestionável, indiscutível, irreprochável, além de pré-constituída, a exemplo da prova das alegações feitas no mandado de segurança. Não é bem assim. Basta a prova do que aparenta ser verdadeiro.

Questão interessante é saber o momento em que a antecipação pode ser requerida; dizem os autores que a qualquer tempo, antes ou depois da instrução. Calmon de Passos tem objeções, que reproduzo:

Inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa ou transcurso do prazo para ela previsto. Destarte, contestado o feito, ou há providências preliminares a serem tomadas, e antes de elas serem cumpridas, impossível a antecipação (o processo está em fase de regularização), inclusive quando consistirem no que prevêem os arts. 326 e 327 do Código de Processo Civil, ainda quando nada obste postule também o autor, no momento em que fala sobre as preliminares argüidas pelo réu, em peça autônoma, com a fundamentação adequada, a antecipação da tutela. Mas fica a dúvida. Será possível pedir a antecipação nesse momento, quando a hipótese não comporta julgamento antecipado da lide? (Inovações no Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio, Forense, 1995., pp. 12/13).

Não compartilho das conclusões do mestre baiano, no seu todo, pois o seu raciocínio conduz à desnecessidade da antecipação da tutela. Lembro, aliás, que o próprio autor, em linhas adiante de sua citada obra, assevera:

Não ficou claro, entretanto, qual o momento em que deve o autor formular seu pedido de antecipação de tutela e se, ultrapassado ele, há preclusão. Acredito que tenha sido o silêncio do legislador não um descuido, sim deliberação consciente no sentido de que a tutela pode ser antecipada, desde que satisfeitos os pressupostos para ela previstos, a qualquer momento do procedimento, se não houver incompatibilidade entre a fase em que se encontra o procedimento e essa antecipação de tutela (p. 21).

Problema mais intrincado é saber se, após julgado o mérito da causa, o juiz no segundo grau de jurisdição pode conceder a antecipação. Ernane Fidelis dos Santos afirma que somente "no juízo de primeiro grau se concede a antecipação ..." (p. 27) e adiante: "Após a sentença, o juiz esgota seu ofício jurisdicional, não lhe sendo mais permitido nem conceder nem revogar nem modificar a antecipação, o que também não se atribui ao órgão recursal, que somente examina a matéria em recurso específico" (p. 34).

Luiz Guilherme Marinoni, na sua já mencionada monografia, de excelência e utilidade inquestionáveis, atestadas pelo seu prefaciador, Ministro Sálvio de Figueiredo, todavia, opõe-se àquele entendimento com uma única frase, ao final de item rotulado de "outros momentos oportunos para a antecipação". A frase é a seguinte: "É possível, ainda, o requerimento de tutela antecipatória no tribunal" (op. cit., p. 61). De que a tutela antecipatória é cabível nas ações originárias nos tribunais,

não se tem dúvida. Importante justificar-se se é possível a antecipação depois da sentença de mérito. Confesso que a opinião de Ernane Fidelis dos Santos abalou minha convicção a respeito do assunto. Calmon de Passos ensina que competente para apreciar o pedido de antecipação é o magistrado que no *iter* processual tenha competência para apreciar o mérito (p. 24), admitindo, adiante, expressamente, a competência do órgão colegiado (não do relator) competente para apreciar o recurso da decisão de mérito. A passagem sobre esse tópico é por ele assim concluída: ... *se a decisão a ser proferida no recurso estiver sujeita apenas a recurso desprovido de efeito suspensivo, vale dizer, decisão que ensejará execução provisória, descabe a antecipação, que mais não é, senão, como já reiteradamente visto e afirmado, atribuir executividade provisória à decisão ainda desprovida dessa eficácia. Insisto: se for deliberado o exame da antecipação, a ele se integra, por conexão incindível, o julgamento do recurso, em seu merecimento* (p. 26).

Julgada improcedente uma ação, admitindo-se, para argumentar, possa o órgão julgador competente, de segundo grau (colegiado, fração de colegiado ou relator), apreciar pedido de antecipação, é possível o deferimento dessa tutela, ou, noutra hipótese, concedida uma antecipação no primeiro grau, julgada improcedente uma ação, aquela antecipação pode continuar a produzir efeitos? Em ambas questões, hipoteticamente formuladas, a minha resposta é negativa. Aliás, em mais de um voto proferido na Terceira Turma, no Superior Tribunal de Justiça, em caso de alimentos provisórios, hipótese de antecipação de tutela preexistente no Direito brasileiro, manifestei, a propósito do disposto no § 3º do art. 13, da Lei de Alimentos ("Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário"), o entendimento de que, julgada improcedente a ação de alimentos, cessam os alimentos provisórios, somente se aplicando aquele parágrafo no curso de agravo de instrumento interposto daquela tutela antecipada e durante a tramitação do próprio recurso especial (em substituição à referência a recurso extraordinário), enquanto não apreciada a questão de fundo dos alimentos definitivos.

Outro assunto não pacificado guarda referência às tutelas antecipadas específicas já existentes no Direito brasileiro, em leis especiais, tais como na Lei de Locações, em face da tutela genérica de antecipação incluída na lei geral. O Centro de Estudos e Debates do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo editou o enunciado n. 31, deste teor: "É incabível, nas ações de despejo, a antecipação da tutela

de que trata o art. 273 do Código de Processo Civil, em sua nova redação". A orientação já recebeu críticas de advogados, entretanto justifica o Centro que as ações de despejo são regidas por lei especial, não revogada pela lei geral (§ 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC), e os casos de antecipação estão regradados no § 1º do art. 59. Tenho por correta a fundamentação do enunciado. Na tutela antecipada regulada no Código de Defesa do Consumidor, a questão não oferece dificuldade, porque o art. 84 da Lei n. 8.078, de 11/9/90, foi praticamente transposto para o art. 461 do CPC.

Com essas considerações, concluo a advertir tratar-se de instrumental novo, cujo sucesso dependerá de sua utilização pelos profissionais do Direito, dos advogados e, especialmente, dos juízes, que, se aplicarem a tutela antecipada com segurança e acerto, muito contribuirão para o aprimoramento da efetivação da tutela jurídica breve e justa.

Cláudio Santos
Ministro do Superior Tribunal de Justiça